Die Rechtsverhältnisse zwischen Bauherrn und Baumeister beim Überbau.

Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft und der Rechtshandlung.

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Rostock i. Meckl.

vorgelegt von

Alfred Schirokauer

Gerichtsassessor.

Berlin 1907.

Buchdruckerei B. Sperling, Motzstraße 69.

Die Rechtsverhältnisse zwischen Bauherrn und Baumeister beim Überbau.

Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft und der Rechtshandlung.

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Rostock i. Meckl.

vorgelegt von

Alfred Schirokauer

Gerichtsassessor.

Berlin 1907.

Buchdruckerei B. Sperling, Motzstraße 69.

Literaturverzeichnis.

Aarons: Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio. Schwerin 1860.

Benz: Die Rechtsverhältnisse am Ueberbau nach dem B.G.B. Jena 1903.

Bermann: Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationsrecht. Zürich 1896.

Boettger: Voraussetzungen und Begriff des Rechts auf Duldung des Grenzüberbaues nach BGB. Borna-Leipzig 1903.

Breitenstein: Haftung für fremdes Verschulden nach dem BGB. Borna-Leipzig 1903.

Brückmann: Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftragl. Geschäftsführung. Jena 1903.

Bruns: Kleinere Schriften. Bd. 2. Weimar 1882.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. 1. Bd. Jena 1903.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Tübingen 1900.

Denkschrift: zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Zitiert nach Mugdan.

Dernburg: Pandekten. Bd. 1. Berlin 1896. (Zitiert Dernburg P.) Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Halle. Bd. 1 1901. Bd. 2 1902. Bd. 3 1898 (zitiert Dernburg).

Dniestrzanski: Die Aufträge zugunsten Dritter. Leipzig 1904.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB. 1. Bd. Berlin 1903.

Endemann: Einführung in das Studium des BGB. 1. Bd. 9. Auflage. Berlin 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert E).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert R.)

Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht. Berlin 1903.

Feder: Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem BGB. Berlin 1903.

Karl Fischer: Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem BGB. München 1904.

Friedmann: Rechtshandlung (im Gegensatz zu Rechtsgeschäft) nach gemeinem Recht und BGB. Rostock 1903.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht Bd. 2. Berlin 1892.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1900.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 44 (1900) Bd. 46 (1902) Bd. 48 (1904).

Hagena: Der Grenzüberbau. Berlin 1902.
Hellmann: Vorträge über das BGB. Allgemeiner Teil. Freiburg 1897.
Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
Johow: Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts. Bd. 23.
Isay: Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts nach dem BGB. Jena 1899.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB. Jena 1900. (Zitiert Isay Gf.)
Juristische Wochenschrift — Berlin.
Kohler: Noch einmal über Mentalreservation und Simulation in Jahrbücher für die Dogmatik 2c.: Bd. 16 (1878) S. 325—358.
Köllner: Die Grundzüge der Obligatio negotiorum gestio. 1856.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Bd. Berlin 1899.
Lenel: Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge in „Jahrbücher für die Dogmatik 2c.:" Bd. 44 S. 41 ff.
Lenel: Stellvertretung und Vollmacht, ebenda, Bd. 36 (1896) S. 51 ff.
F. Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
R. Leonhard: Allgemeiner Teil des BGB. Berlin 1900.
Liepmann: Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1905. (Zit. Lehrb.)
v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des BGB. Berlin 1898.
Lühl: Gründe und Arten der Deliktshaftung. Düsseldorf.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte Breslau 1901.
Meyer: Rechtsgeschäft (im Gegensatz zu Rechtshandlung) nach gemeinem Recht und BGB. Leipzig 1903.
Hugo Meyer-Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1895.
Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung. Wien 1885.
von Monroy: Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte Rostock 1878.
Motive: Zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs (zitiert nach Mugdan).
Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB. für das deutsche Reich Berlin 1899.
Müller-Erzbach: Die Grundzüge der mittelbaren Stellvertretung von der Interessenlage entwickelt. Berlin 1905.
W. Müller: Deutsches Bau- und Nachbarrecht unter besonderer Berücksichtigung der preuß. Landesgesetzgebung. Berlin 1903.
Neumann: Handausgabe des BGB. Berlin Bd. 1 1899, Bd. 2 1900.
Oertmann; Das Recht der Schuldverhältnisse. 1889.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 7. Aufl. 1905.
Pernice: Rechtsgeschäft und Rechtsordnung (in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Wien 1888 S. 465 ff.)

Planck: BGB. Bd. 1. 1897. Bd. 2 1900. Bd. 3 1902.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. (zitiert nach Mugdan).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 4. (Zitiert R. O. L. G.)
Rosenthal: Die Haftung des Spezifikanten gegenüber dem Eigentümer, Greifswald 1903.
M. Rümelin: Die Gründe der Schadenszurechnung. Freiburg 1896.
" Die Verwendung des Causalbegriffs im Straf- und Zivilrecht (im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 90 (1900).
G. Rümelin: Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.
Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Seligsohn: Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden im BGB. und in den übrigen Reichsgesetzen. Berlin 1903.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Bd. 56, 60.
Specka: Rechtshandlung (im Gegensatz zu Rechtsgeschäft) nach gemeinem Recht und BGB. Berlin 1903.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1900.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. 1 1004. Bd. 2 1906.
Sturm: Die Lehre von der Geschäftsfüührung ohne Auftrag nach dem BGB. Berlin 1897.
Thon: Rechtsnormen und subjektives Recht. Weimar 1878.
Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsgesetzen. 1. Bd. 1900.
v. Thur: Actio de in rem verso, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung. Freiburg 1895.
Unger: Handeln auf eigene Gefahr (in Jahrbücher für die Dogmatik ꝛc. Bd. 30 S. 363 ff.
Weyl: System der Verschuldungsbegriffe im BGB. München 1905.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 u. 2. Frankfurt 1900.
Wolff: Der Bau auf fremdem Boden, inbesondere der Grenzüberbau, Jena 1900.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft 1879.
" Die juristische Willenserklärung (in Jahrbücher für die Dogmatik ꝛc. Bd. 16 S. 363 ff.)

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

§ 912 Abs. 1 BGB. lautet:

„Hat der Eigentümer eines Grundstückes bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so hat der Nachbar den Ueberbau zu dulden, es sei denn, daß er vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat."

Es ist bei dieser Bestimmung zunächst daran gedacht, daß der Eigentümer eines Grundstücks selbst den Bau errichtet. Dies entspricht indessen keineswegs den wahren wirtschaftlichen Verhältnissen. In den allerseltesten Fällen wird der Grundeigner selbst die zu persönlicher Bauausübung erforderliche Fachkenntnis besitzen. Regelmäßig wird er einen anderen, einen Baumeister, Architekten u. s. w. mit der Ausführung des Baues betrauen.

Würde in diesem Normalfalle der § 912 BGB., der allein von der Bautätigkeit des Grundstückseigentümers spricht, nicht zur Anwendung gelangen, so wäre die praktische Bedeutung dieser Vorschrift, deren Zweck die Erhaltung einmal geschaffener wirtschaftlicher Werte ist, eine sehr geringe. Denn dürfte sich in all den Fällen, in denen ein Baumeister den Bau ausgeführt hat, bei erfolgtem Ueberbau der Bauherr nicht auf die Vergünstigung des § 912 BGB. berufen, so würde er der Eigentumsfreiheitsklage gegenüber das Gebäude unweigerlich zurückrücken müssen. Und nicht stände ihm die Möglichkeit zur Seite, geltend zu machen, daß weder ihm noch dem Baumeister Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last falle, der Nachbar sich daher mit der Ueberbaurente begnügen müsse.

Es erscheint daher erforderlich, auch für den Fall der Bauausführung durch einen Baumeister den Tatbestand des § 912 BGB. nachzuweisen.

Geht man andererseits davon aus, daß der Baumeister für den Bauherrn handele, daß es demnach vom Standpunkt des § 912 BGB.

so anzusehen sei, als habe der Eigentümer des Grundstücks selbst gebaut, daß also § 912 auch dann Anwändung fände, wenn ein Baumeister gebaut hat, so erhebt sich folgender Zweifel:

Wenn der Baumeister vorsätzlich oder grob fahrlässig die Grenze überbaut, dem Bauherrn selbst hingegen kein Verschulden zur Last fällt, kann dann der Klage auf Zurückrückung gegenüber der beklagte Bauherr einwenden: mir fällt Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nicht zur Last, sondern meinem Bauführer. Für diesen hafte ich nicht, da ich mich nach § 831 BGB. exkulpieren kann. Der Mann hat die glänzendsten Zeugnisse. Ein Vertragsverhältnis, auf Grund dessen ich nach § 278 BGB. haften würde, liegt dem Kläger gegenüber keinesfalls vor. Infolge dessen habe jedenfalls ich ohne Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gebaut. — Daher steht mir der Eigentumsfreiheitsklage gegenüber die Ausnahme des § 912 zur Seite: die Duldungspflicht des Nachbarn.

Es leuchtet ein, daß dies eine Unbilligkeit dem überbauten Nachbar gegenüber wäre, dem damit nicht geholfen ist, daß er vielleicht einen Ersatz seines Schadens in Geld gegen den Baumeister selbst erstreiten kann; er will sein Grundstück frei von dem schuldhaft darauf gelegten Ueberbau besitzen.

Und wie steht es endlich, wenn den Baumeister ein Verschulden nicht trifft, der Bauherr aber grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat, indem er dem Bauleiter z. B. arglistig falsche Grenzen gewiesen hat? Hat dann der „Eigentümer des Grundstücks“ unter Vorsatz über die Grenze gebaut?

Auf alle diese Fragen gibt das BGB. keine unmittelbare Antwort. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Haftung für das Verschulden eines anderen (§§ 278 und 831) führen aus den genannten Gründen hier zu keinem Ergebnis.

Ob die Regeln der Stellvertretung oder welche Normen Anwendung finden können, bedarf eingehender Prüfung.

Erster Hauptteil.

Die Handlung des Baumeisters ist Handlung des Bauherrn.

§ 2.

Wirtschaftlich liegt das Verhältnis bei Ausführung eines Baues durch einen Baumeister so, daß der Eigentümer des Bauterrains der Bauherr ist. Der Baumeister hingegen ist derjenige, nach dessen Anordnungen die Ausführung des Baues selbst geschieht. Er ist der Bauleiter.[1]

§ 3.

Diesem wirtschaftlichen Verhältnis liegt als rechtliches Gebilde ein Vertrag zwischen dem Bauherrn und dem Baumeister zu Grunde. Seinem Charakter nach kann dieser Vertrag sowohl Dienst- wie Werkvertrag sein. Denn ob der Baumeister nur zu einer Tätigkeit verpflichtet ist (§ 611 B.G.B.) oder ob er die Herbeiführung eines Erfolges[2] versprochen hat (§ 631), ist Tatfrage.

Es sind hierbei folgende Möglichkeiten gegeben:

Der Baumeister hat den Bau als Unternehmer übernommen. Dann trägt er in jeder Richtung die Gefahr, treffen ihn alle Unfälle, und erhält er eine verabredete Summe für das fertig hingestellte Bauwerk. Es liegt Werkvertrag vor.

Oder der Baumeister hat nur die Leitung und Ueberwachung der Bauarbeiten übernommen, er leistet dem Bauherrn Hilfe beim Abschluß der Verträge zwischen diesem und den einzelnen Unternehmern

---

1) Olshausen: Kommentar zum Stafgesetzbuch VII. Aufl. 1905, S. 1482. Anm. b zu § 367 Ziffer 14, S. 1336 Anm. 3a zu § 330. Johow Bd. 23 C. 103. Urteil des Kammergerichts vom 16. Februar 1902.

2) Protokolle S. 2141, 2142 Mugdan II 897. Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899, S. 517. Anm. 42.

oder bewirkt auch in seiner Vertretung den Abschluß solcher Verträge; der Bauherr trägt die Gefahren, der Baumeister erhält für seine Tätigkeit Prozente der Bausumme oder eine festgesetzte Vergütung; es liegt Dienstvertrag vor.[1]

§ 4.

Es kann indessen dahingestellt bleiben, ob die Tätigkeit des Baumeisters auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrages erfolgt. Jedenfalls baut er infolge und in Erfüllung des zwischen ihm und dem Bauherrn geschlossenen Vertrages. Und zwar handelt er — mittels dieses Bandes — unmittelbar für den Bauherrn. Wirtschaftlich wie rechtlich besorgt der Baumeister für den Bauherrn das Geschäft des Bauens. Mit anderen Worten, es ist ein Werk- oder Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. (§ 675 B.G.B.) Daß ein solcher namentlich in der Uebernahme eines Baues auf dem Grundstück eines anderen bestehen kann, ist in der Literatur ausdrücklich ausgesprochen.[2]

Es wird hierauf aber deswegen näher einzugehen sein, weil die Auffassung des vorliegenden Vertrages als eines Werk- oder Dienstvertrages mit einer Geschäftsbesorgung für den Gang der Erörterung von entscheidender Bedeutung ist. Es wird nämlich im Anschluß an Isay[3] aus dem Wesen der Geschäftsbesorgung als solcher die Wirkung der Tätigkeit des Baumeisters für und gegen den Bauherrn begründet werden, und zwar zunächst unter Vermeidung der analogen Anwendung der Grundsätze über Stellvertretung. Der Weg über die Geschäftsbesorgung aber wird deshalb gewählt, weil später bei der Frage ob ein Verschulden des Baumeisters als ein solches des Bauherrn anzusehen ist, aus dem Wesen der Geschäftsbesorgung feste Anhaltspunkte für die analoge Anwendung des § 166 BGB. auf die Tätigkeit des Bauens gewonnen werden sollen.
Ueber den Begriff der Geschäftsbesorgung sind daher hier einige leitende Grundsätze aufzustellen:

1. Der Begriff ist der gleiche in dem § 675 wie in den §§ 622, 677 BGB.[4]

---

[1] Rümelin: Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905. S. 154 ff. Entsch. d. Reichsger. v. 18. Mai 1906. Jur. Wochenschr. v. 16. Juli 1906. S. 459 Nr. 13.

[2] Cosack I 519 II 2.

[3] Gf.

[4] Lenel: Geschäftsbesorgung S. 41.

II. Es herrscht darüber mit wenigen Ausnahmen[1] in der Literatur Einigkeit, daß unter einem „Geschäft" nicht nur ein Rechtsgeschäft, sondern auch eine rein tatsächliche Handlung zu verstehen ist.[2]

III. Die Geschäftsführung erfordert eine Tätigkeit des Geschäftsführers und zwar eine erlaubte Tätigkeit.[3] Sie darf nicht in der Verübung eines Deliktes bestehen. Hiervon ist scharf der Fall zu unterscheiden, der uns interessieren wird, daß bei der Ausführung eines erlaubten Geschäfts dem Verrichter ein Verschulden zur Last fällt. Im übrigen ist eine „geschäftliche" Tätigkeit jede menschliche Betätigung, die rechtlich das Vermögen,[4] d. h. den Inbegriff der geldwerten Sachen und Rechte[5] des Geschäftsherrn berührt.

IV. Das Geschäft muß ferner ein fremdes sein. Die Motive[6] haben die in der gemeinrechtlichen Literatur übliche Unterscheidung des objektiv und subjektiv fremden Geschäfts abgelehnt.

Maßgebend ist m. E. die wirtschaftliche Angehörigkeit des Geschäfts. Diese wird bestimmt nach dem die Handlung der Geschäftsbesorgung beherrschenden wirtschaftlichen Interesse.[7] Welcher Interessensphäre das Geschäft vorwiegend dient, wird objektiv nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden sein.[8]

---

1) Köllner S. 10. — Arons S. 4. — v. Monroy S. 84.

2) Motive II S. 855 Mugdan II 478 — Foerster-Eccius S. 457. — Bermann S. 8. — Isay Gf. S. 43, 44, 87. — Endemann I S. 119 — Neumann I S. 302, Vorbem. zum X. Titel.

3) So Brückmann S. 19, 20. — Förster-Eccius a. a. O. — Dagegen Isay Gf. S. 91, nach dem es lediglich darauf ankommt, ob die Handlung als Handeln im Dienste des anderen in dieser ihrer Eigenschaft verbotswidrig ist.

4) Cosack I 501 IIa. — Isay Gf. S. 44. 91. — v. Monroy S. 7 — Neumann I S. 302 Anm. Ic zu § 661. — Hellwig S. 517 Anm. 42. — Anders Bermann S. 7.

5) Schollmeyer S. 40. — v. Liszt S. 62.

6) II S. 855 Mugdan II S. 478. — Bedenken dagegen bei Windscheid II S. 854.

7) Isay Gf. 65. — Staudinger II S. 544. — Bermann 12 ff. — Gegen den Begriff „Interesse" als „farbloses Wort" m. E. zu Unrecht Dniestrzański S. 71.

8) Isay Gf. a. a. O.

V. In subjektiver Hinsicht verlangt der Tatbestand der Geschäftsbesorgung

1. den ernstlichen und bekundeten[1] Willen des Verrichters, sein Tun auf eine fremde Vermögenssphäre zu richten[2] und, da der Geschäftsführer für den anderen handeln soll, Handlung aber nicht nur körperliche Reflexbewegung ist, sondern einen „psychischen Akt" erfordert, der „die motorischen Nerven unmittelbar erregt und so Ursache einer körperlichen Bewegung wird."[3]
2. den Tatwillen, den unmittelbaren Willen im Zitelmann'schen Sinne.

Werden diese gewonnenen Merkmale auf die Tätigkeit des Baumeisters angewandt, so zeigt sich:

Das Bauen stellt zwar eine rein tatsächliche Handlung dar, doch eine solche kann Gegenstand der Geschäftsbesorgung sein.

Die Handlung des Baumeisters berührt ferner das Vermögen des Bauherrn und das sie beherrschende Interesse ist das seine. Denn daß der Baumeister in Erfüllung des mit dem Bauherrn geschlossenen Vertrages und zur Befreiung von der ihm durch diesen obliegenden Verbindlichkeit baut, ist lediglich Motiv seiner Tätigkeit, macht das Geschäft aber nicht zu dem seinen. Andernfalls könnte bei Erfüllung einer Verbindlichkeit aus § 675 B.G.B. nie von Besorgung eines „fremden" Geschäfts die Rede sein.

Ferner hat der Baumeister sowohl den Willen, zu bauen (den unmittelbaren Willen), dies geht daraus hervor, daß er tatsächlich baut, als auch den ernsthaften bekundeten Willen, das Haus nicht für sich, sondern für den Bauherrn zu errichten. Dieser Wille spricht sich darin aus, daß er mit dem Bau lediglich seiner Vertragspflicht, „auf dem Grundstück seines Auftraggebers ein Haus zu errichten", zu genügen denkt.

---

1) Motive II S. 426 Anmerkung Ib zu § 677. — Bermann S. 43. — Motive II S. 871. Mugdan II S. 486, 487. — Nach Isay, S. 101 ist nicht der Wille, sondern nur das Bewußtsein, in fremdem Interesse zu handeln, erforderlich.

2) Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 63, 79, 118. — Aehnlich: Monich, S 2. v. Liszt, Lehrbuch, S. 122. — Eltzbacher S. 131. Meyer S. 19. Friedmann S. 12.

3) F. Zitelmann a. a O. S. 131.

Die Tätigkeit des Baumeisters ist demnach eine Geschäftsbesorgung für den Bauherrn. Ihr Gegenstand ist die Errichtung des Hauses, das Bauen. Dies ist zunächst eine Handlung, die privatrechtliche Wirkungen nicht hat.

Das Bauen des Baumeisters ist aber in gewisser Hinsicht dadurch qualifiziert, daß er die Grenze des Nachbarn überschritten hat. Dadurch wird es zu einer rechtlich erheblichen Handlung.

Auf den Charakter dieser Handlung wird es ankommen.

Es herrscht darüber kaum ein Zweifel, daß die Grenzüberschreitung beim Bau eine Rechtshandlung ist. Da aber später aus dem Wesensunterschiede zwischen Rechtshandlung und Rechtsgeschäft Folgerungen gezogen werden sollen, wird kurz auf die hervorstechendsten Charakterunterschiede beider einzugehen sein.

Das B.G.B. enthält keine Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts. Die Motive[1] lehnen sie ausdrücklich ab, mit der Begründung, daß eine wie immer geartete Fassung die Gefahr des Irreführens mit sich zu bringen geeignet sei.

Es wird daher eine Definition auf induktivem Wege, d. h. durch Ausgehen von den Tatbeständen der alltäglichen Geschäfte wie Kauf, Miete, Darlehn usw. gewonnen werden müssen.[2]

Wer ein Buch kaufen will, sagt etwa: „geben Sie mir dies Buch." Es liegt also zunächst die Handlung des Sprechens und damit ein unmittelbarer Wille (im oben erörterten Sinne) vor.

Der Käufer will aber mehr: er will zugleich in dem Verkäufer bestimmte Vorstellungen erwecken, die dem von dem Käufer gehegten Begehren, das Buch zu erlangen, adaequat sind.[3] Der Käufer will dem andern klar machen, daß er das Buch seiner Rechtssphäre einverleiben will — er will dies „erklären". Dieser Zweck, der „mittelbare Wille"[4] geht nicht auf die Handlung des Erklärens, sondern auf ihre Wirkung. Als Wirkung aber ist ein Erfolg in der Außenwelt gewollt: die Erwerbung des Buches, d. h. die Begründung (Aenderung, Aufhebung) von Rechtsverhältnissen. Diese Veränderung in der Rechtssphäre ist das Ziel, ihre Herbeiführung der Zweck des Handelns: sie ist beabsichtigt. Willenserklärung ist demnach die Aeußerung des

1) S. 126 Mugdan I 421.
2) Aehnlich Meyer S. 17 ff.
3) Zitelmann 241. Eltzbacher 136 ff.
4) Zitelmann ebenda.

unmittelbaren und des auf Herbeiführung eines bestimmten Erfolges abgestellten mittelbaren Willens.[1]

Darauf, in welcher Weise sich dieser doppelte Wille zu äußern hat, insbesondere auf die bestrittene Frage, ob sie auch stillschweigend und durch konkludente Handlung erfolgen kann,[2] einzugehen, erübrigt sich für unsere Zwecke.

Auch den mehrfachen Versuchen, für den Ausdruck Willenserklärung andere Ausdrücke anzuwenden, ist hier nicht näherzutreten, da sie, wie Dernburg[3] mit Recht bemerkt, der von dem B.G.B. gewählten und festgehaltenen Terminologie gegenüber ohne praktischen Wert sind. Hierher gehören die Unterscheidungen von R. Leonhard[4] zwischen Willenserklärung und Willensäußerung, von Manigk zwischen Erklärungs- und Willensgeschäften und von Hellmann[5] zwischen Willensverwirklichung und Willenserklärung.

Indessen bleibt noch zu erörtern die Frage, welche Macht es ist, die jene Rechtswirkung herbeiführt, auf die, wie wir sahen, der mittelbare Wille des Erklärenden abzielt. Tritt sie ein, weil der Erklärende sie will?[6] Oder ist sie allein ein Werk der Rechtsordnung, während die Erklärung des Käufers nur die Tätigkeit der Rechtsnormen mechanisch auslöst?[7]

Gewiß ist zutreffend, daß das Recht nicht sagt:[8] „Wolle einen Rechtseffekt, und ich gebe ihn Dir". Das bezeugt Kohlers Beispiel: A setzt den B nach römischem Recht zum alleinigen Erben ein auf 1/2; er spricht den festen Willen aus, daß B nicht mehr erhalten solle als 1/2. Trotzdem erhält B nach dem Rechtssatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decidere potest das Ganze.

---

1) Dernburg Band I S. 215 Zitelmann Irrtum und Reg. 243. Eltzbacher: 146. — Bruns S. 453. — Planck I S. 142. Vorbem zu § 104. — Zitelmann: Die juristische Willenserklärung in Iherings Jahrbüchern 16 S. 363. — Meyer 68. 19, 20, Monich 3, 132 Anm. 16. Manigk 21, 23. Friedmann 16.

2) So Staudinger I S. 331 — Manigk 61. — Zitelmann Irrt. und R. 262. Der I. Entwurf § 372. — Planck I S. 162, IIa, 163a. — Dagegen Specka S. 12. — Zweifelhaft Crome I S. 321. — Isay: Die Willenserklärung S. 3 ff. insbesondere S. 13.

3) Lehrb. I 327 Anm. 8.

4) S. 256.

5) Vorträge über das B.G.B, Freiburg 1897.

6) So Dernburg Bd. I S. 215, 216. — Windscheid I § 69 S. 268. — Pernice S. 491, 498.

7) So Thon: S. 359. — Kohler S. 325 ff.

8) Kohler a. a. O. 329.

Aber ebensowenig sagt das Recht:[1] „ich schreibe gewissen Akten einen Rechtseffekt zu und überlasse es deinem freien Willen, ob du diese Akte wählen willst oder nicht. Du kannst dich danach benehmen," sodaß nur die Abgabe der Willenserklärung von dem Willen des Erklärenden abhinge, die Folgen aber unabwennbar vi legis eintreten.

Vielmehr liegt es m. E. so: der Erklärende will das Buch kaufen, nicht aber eine Willenserklärung abgeben. Zwischen seinem Willen und dem Buch besteht eine direkte Verbindung. Zum Erfolg führen kann er sein Bestreben freilich nur an der Hand der Rechtsordnung. Das Recht sagt also; „Ich werde allen deinen Wünschen nach irgend welchen Rechtswirkungen, sofern sie sich in gewissen Grenzen halten, die ich dir bezeichnen werde, nachkommen: du hast nur nötig zu sagen, welche Rechtsfolge den Inhalt deines Begehrens bildet."[2]

Der Parteiwille also ist die rechtserzeugende Kraft. Die Rechtswirkung selbst schafft zwar endgiltig das Gesetz. Doch das Ziel seiner Regeln entnimmt es, wie Cosack[3] es treffend sagt, aus dem Willen der Partei.[4]

Ausscheiden aus der Betrachtung kann wieder die Frage, ob der Erfolgswille auf einen rechtlichen oder einen wirtschaftlichen oder auf beide Arten von Erfolg gerichtet sein muß.

Somit gelangen wir zu folgender Definition: Rechtsgeschäft ist eine Willenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.[5]

Das Kriterium des Rechtsgeschäfts also ist das, daß es eine „Handlung mit gewillkürter Rechtsfolge" ist.[6]

1) Kohler a. a. O. S. 331. Ebenda O. Lenel Parteiabsicht und Rechtschutz S. 160.

2) Zitelmann: Die jur. Willenserklärung. S. 375.

3) I 146.

4) So Windscheid I S. 267 § 69. — Staud I S. 293. — Dernburg Bd. I 215—218. Lehrb. I 330. — Bruns 453. — Manigk 6 ff. — Crome I 322, 341, 342.

5) Ebenso die Motive S. 126. — Mugdan I S. 321. — Aehnlich die herrschende Meinung: Dernburg Bd. I 214. Lehrb. I 312. — Windscheid I 266. — Crome 316. 320. — Zitelmann Irrtum und R. 288. — Cosack I S. 145. — Goldmann-Lilienthal S. 64. Entschdg. d. Reichsger. v. 23. Juni 1904. — Jur. Wochenschr. 1904 S. 482 Nr. 45 (483).

6) Zitelman, Irrtum und Rg. S. 281.

Mit den Motiven[1] können wir sagen: „Die dem Begriff des Rechtsgeschäfts gegebene Begrenzung führt zu einer besonderen Kategorie von Rechtshandlungen."

Alle Handlungen nämlich, bei denen die Rechtsfolgen vi legis, unabhängig von dem Willen des Handelnden eintreten, sind demnach keine Rechtsgeschäfte. Es sind Handlungen mit notwendiger Rechtsfolge,[2] d. h. solche Handlungen, „an welche Rechtswirkungen sich anschließen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgiltig ist, ob sie von dem Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind."[3]

Freilich kann bei allen diesen Handlungen der Wille des Handelnden einmal auch auf den Erfolg gerichtet sein. Jemand zerschlägt im Winter die Spiegelscheibe eines Geschäfts in der Absicht, eingesperrt zu werden und so vor der Kälte Schutz zu finden. Das aber gibt der Handlung noch nicht den Charakter des Rechtsgeschäfts. Denn darauf allein kommt es an: treten die Rechtswirkungen auch ohne diesen Erfolgswillen ein, schafft der Wille den Erfolg oder tritt er lediglich — auch wenn einmal der Wille vorhanden sein sollte — über diesen hinweg ein — vi legis, — weil das Gesetz es befielt.[4]

Bemerkt mag noch werden, daß von dem weiten Gebiet der Rechtshandlungen die „Unerlaubten Handlungen" als eine besondere Gruppe gemißbilligter Betätigungen vom Gesetz ausgesondert und normiert worden sind.[5]

Die übrigen Rechtshandlungen hingegen entbehren gesetzlicher Regelung.

Nach dieser für das Rechtsgeschäft einerseits und die Rechtshandlung andererseits gewonnenen Begriffsbestimmung finden wir mit der herrschenden Meinung, das Bauen (als rechtlich erhebliche Handlung) nur eine Rechtshandlung darstellen kann.

Der Handelnde hat lediglich den Willen der Tat, den unmittel-

1) S. 127. Mugdan I S. 421.

2) Zitelmann a. a. O. 277.

3) Motive S. 127. Mugdan I 421. — Ebenso Motive S. 398, Mugdan III 222 und Cosack I 145, 146. — Liszt 15. Zitelmann, Irrtum und Rg. S. 227 Planck I S. 149, Windscheid I S. 265 § 68, Anm. a. — Staudinger I S. 292, 295 — Manigk 184. — Meyer 51, 55. — Friedmann 23. — Specka 31, 32.

4) Cosack I 145, 146. — Zitelmann 227.

5) Motive 127, Mugdan I, S. 421.

baren Willen. Primitiv ausgedrückt, will er Gräben ziehen und Steine häufen, und zwar tut er dies an einem Ort, der jenseits der Grenze liegt. Ob er es tut in Kenntnis davon, daß er die Grenze überschreitet, und in der Absicht, die Rechtsfolgen des Ueberbaus herbeizuführen, ist zwar für die Art der Rechtsfolgen erheblich, ganz irrelevant aber für die Ursache ihres Eintritts. Die Rechtswirkung des Ueberbaues tritt ein, weil das Gesetz es befielt. „Hat der Eigentümer über die Grenze gebaut" — so treten die Folgen ein. Für den Erfolgswillen ist im Tatbestande des Ueberbaues kein Raum.

Das Geschäft, das der Baumeister für den Bauherrn besorgt, ist demnach eine Rechtshandlung.

§. 5.

Es fragt sich jetzt: wirkt das Tun des Baumeisters in der Person des Bauherrn, sofern die Geschäftsführung im Rahmen des erteilten Auftrages bleibt?

Die Frage ob und inwieweit die rechtlichen Wirkungen einer Willensbetätigung in fremdem Interesse in der Person des Trägers dieses Interesses entstehen, läßt sich auf Grund positiver Vorschriften des BGB. und somit scharf juristisch nur für den Besitzerwerb, der m. E. eine Rechtshandlung darstellt,[1] beantworten. Hier bieten die §§ 855 und 868 die erforderliche Handhabe zur rechtlichen Begründung der „Fernwirkung".[2]

Wie im älteren Recht wird auch in demjenigen des BGB. hier von „Vertretung"[3] gesprochen. Daß es sich hier aber nicht um eine solche im Sinne von §§ 164 ff. BGB. handeln kann, wird weiter unten zu erörtern sein. Daß auch die Motive unter dem Ausdruck „Stellvertretung" beim Besitzerwerb etwas verstehen, was nicht die „Stellvertretung" im technischen Sinne ist, erwähnen sie selbst[4] und gab auch der § 801 des 1. Entwurfs kund, der auf den Besitzerwerb durch Vertreter die Vorschriften über den Erwerb aus Rechtsgeschäften nur entsprechende Anwendung finden ließ.

---

1) Ebenso Zitelmann, Irrtum u. Rg. S. 310. — Staudinger II 468. — Motive S. 83, Mugdan III 45, 46.

2) Isay Gf. 329—364. — Dernburg, Lehrb. III, S. 61, 62. — Lenel: Stellvertretung und Vollmacht, S. 42—112. — Dagegen F. Leonhard S. 57 ff.

3) F. Leonhard. S. 66. — Lenel a. a. O. — Neumann, Seite 414, Anm. 4 zu § 854. — Cosack, Lehrbuch II, S. . — Motive S. 86, Mugdan III, S. 47, 48. — Protokolle, S. 3344, Mugdan III, S. 505.

4) S. 86, 87, Mugdan III, 47, 48.

Wenn daher bei dem Besitzerwerb durch einen Anderen Rechtswirkungen eintreten in der Person dessen, für den Besitz erworben wird, so ist das keine Folge einer Vertretung im Sinne des § 164 BGB. noch einer analogen Anwendung dieser Bestimmungen, sondern eine sich aus der Geschäftsbesorgung als solcher ergebenden Fernwirkung.

Der Weg über die Lehre des Besitzerwerbs durch einen Geschäftsführer ist für uns indessen deshalb nicht gangbar, weil er für die hier interessierende Willensbetätigung des Bauens im besten Falle zu analoger Anwendung führen könnte.

Freilich bietet sich auf anderem Wege keine streng juristische Begründung. Wie die Motive[1] mit recht sagen, „bleibt es eine Frage der tatsächlichen Würdigung im einzelnen Falle, in wieweit in der Handlung des Organs immer noch die Handlung desjenigen, welcher sich einer anderen Person als eines Organs zur Hervorbringung natürlicher Wirkungen bedient, zu erblicken ist.“

Wollte der Bauherr selbst die Tätigkeit, die der Baumeister für ihn ausübt, vornehmen, so müßte er den Bau errichten. Damit es eine rechtlich erhebliche Handlung wird, müßte dies an einem Ort geschehen, der zugleich auf seinem Grundstück und jenseits dessen Grenze liegt. Dies letztere ist indessen etwas rein Objektives, äußerlich Hinzutretendes, und hat mit der Willensbetätigung als solcher nichts zu tun.

Der Bauherr müßte somit den Tatwillen (unmittelbaren Willen) haben, der sich in der Handlung des Bauens auslöste.

Handelt nun der Baumeister auf Grund seiner in dem Vertrage liegenden Ermächtigung für den Bauherrn, so heißt das nach dem oben Gesagten: er muß an seiner Statt den unmittelbaren Willen haben, zu bauen: dieser Wille muß sich in der Handlung des Bauens betätigen, und ferner muß er den Willen haben, die Handlung im Interesse seines Auftraggebers vorzunehmen.

Es ist nun nicht abzusehen, weshalb der Baumeister den unmittelbaren Willen an Stelle des Bauherrn nicht soll fassen und damit betätigen können.

Tatsächlich wie rechtlich. Weiter: wenn der Baumeister anstatt des Bauherrn diese Handlung vornimmt, hat sie dann für und gegen

---

1) Motive, S. 86, Mugdan III, S. 47.

diesen dieselben Wirkungen, die sie hätte, wenn der Bauherr selbst sie vorgenommen haben würde? Auch dies ist m. E. zu bejahen. Es läßt sich kein stichhaltiger Grund dafür angeben, daß die Handlung des Grabenziehens, Steineaufhäufens etc. unbedingt vom Bauherrn selbst ausgeführt werden müßte, damit Rechtswirkungen, die etwa aus dieser Betätigung erwachsen, auch tatsächlich in seiner Person entstehen.

Zu diesem Ergebnis könnte man freilich, wie es außer Isay fast alle Schriftsteller auch wirklich tun, einfach durch analoge Anwendung der Stellvertretung auf die Rechtshandlung gelangen. Mir scheint indessen der von Isay gewiesene Weg deshalb der richtigere, weil er später, wenn die Analogie unentbehrlich wird, Dienste leisten soll.

Aus dem Wesen der Geschäftsbesorgung als solcher aber ergibt sich die Fernwirkung der Handlung des Bauleiters, ganz ohne Zuhilfenahme der Vertretung im technischen Sinne.

Auch wirtschaftliche Momente stützen dieses Ergebnis. Daß solche bei Feststellung der Fernwirkung mitsprechen dürfen und müssen, ist für die Spezifikation anerkannt, hinsichtlich welcher es die Motive [1] freilich der Praxis und Rechtswissenschaft überlassen, zu entscheiden, ob sie Rechtsgeschäft oder Rechtshandlung ist. Von unserem Standpunkte ist sie indessen als Rechtshandlung anzusehen, da die Rechtswirkung, der Eigentumserwerb, nicht davon abhängt, daß der Verarbeitende sie gewollt hat.[2]

Bei der Spezifikation soll der Arbeitsherr Eigentümer des neuen Stoffes werden, wenn der Spezifikant in fremden Diensten, d. h. in einer gewissen wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Geschäftsherrn spezifiziert hat.[3]

Auch bei der Errichtung eines Gebäudes durch einen Geschäftsbesorger wird man auf das wirtschaftliche Verhältnis Rücksicht nehmen dürfen, insbesondere darauf, „daß in dem modernen Systeme der Arbeitsteilung das Wirtschaftsobjekt zur Erfüllung seiner wirtschaft-

---

1) Motive S. 360 — Mugdan III 200.

2) Dernburg. Lehrb. III S. 300. Anm. 11. — Isay 299 ff. — Wohl auch Staudinger Bd. III S. 100 Anm. 5 zu § 950. — Rosenthal S. 32. — Dagegen Planck III S. 206 Anm. c. zu § 950.

3) Dernburg III 300. — Endemann II S. 334. — Friedmann S. 34. — F. Leonhard S. 113. — Isay 306 Urt. des O.L.G. Hamburg v. 21. 2. 02 in Rolg. Bd. 4. S. 312. — Auch Planck a. a. O.

lichen Funktionen häufig eine fremde Wirtschaftssphäre gleichsam herbeiziehen muß, die für ihn ausführt."[1]

Dann wird man sich dahin entscheiden müssen: das ganze Verhältnis zwischen dem Bauherrn und Bauleiter ist derart gestaltet, daß die rechtlichen Wirkungen nicht in der Person desjenigen eintreten können, der nur in Erfüllung einer obligatorischen Verpflichtung in den ganzen Interessenkreis gekommen ist, sondern man wird sie in die Sphäre desjenigen verlegen müssen, der wirtschaftlich Schöpfer und Herr des Baues ist.

Wir gelangen demnach zu dem Ergebnis: die Bautätigkeit des Baumeisters ist als Handlung des Bauherrn anzusehen.

Hieraus folgt, daß auch in dem Falle, daß der Eigentümer eines Grundstückes nicht selbst baut, sondern den Bau durch einen anderen, einen Baumeister usw. ausführen läßt, der § 912 B.G.B. Anwendung zu finden hat. Hat demnach der Baumeister über die Grenze gebaut, ohne daß Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt, so kann der Eigentümer des Grundstücks, der Bauherr, sich der auf Zurückrückung des Gebäudes gerichteten Klage gegenüber auf die Duldungspflicht des § 912 B.G.B. berufen.

---

[1] Dniestrzański S. 78.

Zweiter Hauptteil.

Die Zurechnung des Verschuldens.

§ 6.

Es fragt sich jetzt weiter, wie liegen die Verhältnisse, wenn einem der Beteiligten ein grobes Verschulden zur Last fällt.

Zunächst: wie steht es, wenn zwar den Bauherrn ein solches nicht trifft, der Baumeister aber vorsätzlich oder grob fahrlässig die Grenze überschritten hat?

Hervorzuheben ist, daß die Fernwirkung der Geschäftsbesorgung als solcher, die oben festgestellt wurde, mit der Frage nicht identisch ist, ob ein Verschulden des Gestors den Dominus trifft. Jenes besagte nur: was der Gestor tut, ist als Tat des Dominus anzusehen, Hier handelt es sich darum: ist die Art der Ausführung des Baumeisters auch als die Art der Ausführung des Bauherrn anzusehen?

Bemerkt mag hier werden, daß es sich um eine schuldhafte Verrichtung der übertragenen Besorgung, nicht aber um ein Ueberschreiten der Handlungsermächtigung, also um die Besorgung eines nicht übertragenen Geschäfts handelt.[1]

Aus dem Tatbestand der Geschäftsführung als solcher lassen sich Gründe für die Zurechnung des Verschuldens nicht gewinnen.[2] Positive Regelung fehlt. Der § 831 B.G.B., der ein Verschulden des Bestellten nicht zur Voraussetzung hat, ist, wie Isay[3] mit Recht ausführt, Haftung des Bestellers für eigenes Verschulden, kann also hier, wo es sich um Haftung des Dominus für Verschulden des Gestors handelt (Gestionshaftung),[4] nicht in Betracht kommen. Einer der

---

1) Isay Gf. 390|391.

2) Entsch. des R.G. vom 10. Okt. 99 in Gruchot 44 S. 1063.

3) Isay Gf. 389.

4) Isay Gf. 391.

Fälle, in denen das B.G.B. Gestionshaftung anerkannt hat (§§ 31, 86, 89), liegt nicht vor.[1]

Hier nun wird zur Analogie gegriffen werden müssen.

Zur Feststellung der Wirkung der Handlung des Bauleiters für und gegen den Bauherrn brauchten wir sie nicht. Für die Frage, ob der Bauherr für ein Verschulden des Baumeisters haftet, können wir sie nicht entbehren.

Bestände die Geschäftsbesorgung des Baumeisters darin, für den Bauherrn offenkundig Willenserklärungen abzugeben, so würde der Baumeister Vertreter des Bauherrn sein, gemäß § 166 Abs. 1, wäre daher sein Kennen müssen dem Vollmachtgeber zuzurechnen.

Hier aber führt der Baumeister für den Bauherrn eine reine Willensbetätigung aus.

Die Vorschriften über Stellvertretung (§ 164 ff. B.G.B.) die sich nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der einstimmigen Ansicht der Wissenschaft nur auf Willenserklärungen beziehen,[2] können daher ohne weiteres auf Willensbetätigungen keine Anwendung finden.

Darüber freilich, daß die für Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften in weitem Umfange auch auf Rechtshandlungen passen und eine Uebertragung einzelner dieser Bestimmungen auf Rechtshandlungen wünschenswert und auch zulässig erscheint, sind sich die Motive,[3] Wissenschaft[4] und Rechtsprechung[5] einig.

Auch das wird fast allseitig anerkannt, daß bei der Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen der Rechtshandlung allgemeine Normen

---

[1] Isay a. a. O. — v. Liszt 109. — Rümelin: Die Gründe der Schadenszurechnung S. 86.

[2] Planck II Anm. I S. 425. — Isay S. 300. — Dernburg Lehrb. I 479 — Manigk 297, 359, — Endemann I 395. — Ihering im Jh. Jahrb. Bd. S. 277 Anm. 4 — Böttger S. 14. — Benz 43. — F. Leonhard 67. — Motive S. 127. — Mugdan I 421, 422

[3] Mot. I 127. — Mugdan I 421, 422. — Mot. III 85. — Mugdan II S. 45, 46. — Protokolle I 283. — Mugdan I 763. — Protokolle III 3770. — Mugdan III 646.

[4] Cosack I 146, II 70. — Dernburg Lehrb. I 470. — R. Leonhard 309 III. — Planck I Anm. X S. 149. — Staud. I 472. — Goldm.-Lilienth. S. 60. — Benz 44. — Wolff S. 75, 110 ff. — Dagegen Neumann Anm. 4 zu § 950 S. 494. — Friedmann S. 34.

[5] Entsch. d. R.G. v. 28. Juni 1904. — Entsch. 585, 343 ff. (Jur. Wochschr. 1904. S. 482 Nr. 4.) — Entsch. d. R.G. v. 10. Okt. 99 (Gruchot 44) S. 1062 ff.

für die Uebertragung der rechtsgeschäftlichen Vorschriften sich nicht aufstellen lassen, die Entscheidung hierüber vielmehr für jede Anwendungsgelegenheit zu treffen sein wird.[1]

Dem ist gewiß zuzustimmen. Fraglich bleibt nur, welche Voraussetzungen hat die analoge Anwendung? Oder konkret für unsern Fall gesprochen: wann finden die Normen über Stellvertretung auf Willensbetätigungen Anwendung.

Die Literatur begnügt sich bei Beantwortung dieser Frage mit Wendungen, wie „die Vertretung hat eine Bedeutung weit über den Kreis der Rechtsgeschäfte hinaus auf dem ganzen Gebiet der juristischen Handlungen"[2] — „Besitzerwerb als solcher ist keine Willenserklärung, weshalb streng genommen hierbei von einer Vertretung im Sinne des § 164 nicht die Rede ist."[3]

Hieraus lassen sich für die Zulässigkeit der Analogie ebensowenig feste Gesichtspunkte gewinnen, wie aus der Ueberlegung Wolffs,[4] daß bei dem Ueberbau die Nichtanwendung der Vorschriften über die Stellvertretung auf tatsächliche Rechtsakte eine unausfüllbare Lücke im Gesetz schaffen würde. M. E. kann dieser Grund allein einer Analogie nicht das Wort reden. Dagegen deutet Wolff selbst[5] den Weg an, der m. E. zu einer brauchbaren Feststellung zu führen geeignet ist:

Es werden die der Stellvertretung zu Grunde liegenden Rechtsprinzipien auf ihre Verwandtschaft mit den Merkmalen der Geschäftsbesorgung bei Willensbetätigungen zu prüfen sein. Soweit sich hierbei eine innere Verwandtschaft zeigt, werden die positiven Vorschriften der Stellvertretung auf die Geschäftsbesorgung analog Anwendung finden können.[6]

Die Geschäftsführung zeitigte, wie wir sahen, hinsichtlich der Bautätigkeit des Baumeisters in der Person des Bauherrn dieselben Wirkungen, wie sie die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften erzielt.

Ferner: auf Grund der Ermächtigung zur Handlung faßte der Baumeister für den Bauherrn den unmittelbaren Willen. Auf Grund

---

1) Mot. I 127. — Mugdan I 421. — Dernburg Lehrb. I 333. — Specka 28, 40. — Planck, Goldm.-Lilienthal a.a.O.

2) Zitelmann Irrtum und Rg. 311.

3) Staudinger I 468.

4) S. 115 Anm. 30. — Boettger S. 15. — Benz 44.

5) S. 75 Anm. 7.

6) So Müller-Erzbach, für die analoge Anwendung der Bestimmungen der Stellvertretung auf die mittelbare Stellvertretung insbesondere S. 29 ff.

der Vertretungsmacht ist dem Vertreter, da sie sich auf Rechtsgeschäfte bezieht, die Fassung des unmittelbaren und des mittelbaren, des Erfolgswillens, überlassen.

Beides ist eine „Vertretung" im Willen, freilich in einer durchaus verschiedenen Willensart.

Der Baumeister handelt im Dienste des Bauherrn, der Vertreter handelt im Namen[1] des Vertretenen.

Hier ist ein wesentlicher Unterschied festzustellen. Der Baumeister muß zwar auch für den Bauherrn handeln wollen, die Wirkungen aber treten bei diesem dann vi legis ein, denn die Geschäftsbesorgung als solche ist eine Rechtshandlung. Beim Handeln in fremdem Namen aber muß der Vertreter den Willen haben, daß die erstrebten Rechtswirkungen in der Person des Andern eintreten, sein Wille ist für die Wirkung causal.[2]

Während bei der Stellvertretung kundgegeben werden muß, daß für einen andern gehandelt wird und diese Kundgebung wesentlichen Bestandteil des in Vertretung vorgenommenen Rechtsgeschäfts bildet,[3] ist dies bei der Geschäftsbesorgung keineswegs erforderlich. Sie ist ihrem Wesen nach ein reines Innenverhältnis zwischen dominus und gestor. Dies zeigt sich insbesondere bei dem Unterschiede zwischen Handlungsermächtigung und Vertretungsmacht.

Beide haben das gemein, daß die Handlung des Ausübenden nur dann für und gegen den Geschäftsherrn wirkt, wenn der Handelnde seine Befugnisse nicht überschreitet. Aber während die Ermächtigung nur dem dominus gegenüber gilt, hat die Vertretungsmacht ihren Zweck und ihr Ziel in ihrer Wirkung Dritten gegenüber.

Grade hier liegt der Kern des Wesensunterschiedes zwischen Vertretung und Geschäftsführung. Bei jener soll das für der Andern handelnde Rechtsobjekt „aus dem inneren Betriebe beider Wirtschaften

---

1) § 164, Abs. 1, BGB. — Dernburg, Band I 277. — Dernburg, Lehrb. I 489. — Planck I 210. — Windscheid I, 300, 301 — Eck, Vorträge über das Recht des BGB., I S. 179, Berlin 1903. — Crome I 453. — Manigk, 298 ff. Dagegen Schloßmann: die Lehre von der Stellvertretrng I 115 ff. — Lenel. Stellv. und Vollm. J. J.b 36, S. 1 ff.

2) Manigk 314, 316.

3) Motive I, 225, Mugdan I, 474. Denkschrift, S. 28, Mugdan I 837, Manigk 317. — Dernburg, Lehrb. I 489. — Planck I 210.

heraustreten und mit Dritten rechtliche Beziehungen anknüpfen."[1]) Bei der Geschäftsbesorgung ist die Tätigkeit des gestors ausschließlich für das Innere der Wirtschaft des Geschäftsherrn bestimmt.

Auf die anderen Unterschiede zwischen Handlungsermächtigung und Vetretungsmacht einzugehen, dürfte sich erübrigen.

Für unsere Zwecke kommt nun lediglich die Frage in Betracht, ob der § 166 Abs. 1 und 2 des BGB. auf die Handlung des Baumeisters analoge Anwendung finden kann.

Mit der Bestimmung des § 166 Abs. 1 folgt das BGB. dem Repräsentationsprinzip, d. h. es geht davon aus, daß das Rechtsgeschäft in der Person des Vertreters zustande kommt.[2]) Er ist der Erklärende, der Handelnde. Nur die rechtlichen Folgen kommen in der Person des Vertretenen zur Entstehung.[3])

Die wesentlichsten Unterschiede zwischen Geschäftsbesorgung und Vertretung waren:

1) bei jener wird der bloße Tatwille, bei dieser der Tat- und Erfolgswille dem Handelnden überlassen.
2) die Vertretungsmacht muß sich bekunden, die Handlungsermächtigung nicht, auch ist die Richtung beider eine andere.

Können diese Wesensunterschiede die Anwendung des § 166 BGB. auf die Bauhandlung ausschließen?

M. E. nicht.

Das Prinzip des § 166 ist dieses: läßt jemand eine Handlung durch einen Andern vornehmen, die direkt für und gegen ihn wirkt, so soll allein auf den psychischen Zustand des Handelnden zu sehen sein, es sei denn, daß bei einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vollmacht die Ausübung der Handlung nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers erfolgt ist.[4])

In Ansehung dieses Grundsatzes kommen m. E. die Unterschiede zwischen Stellvertretung und Geschäftsführung nicht erheblich in Betracht. Für das im § 166 verkörperte Prinzip ist es irrelevant, daß der Wille bei beiden Rechtsgebilden ein verschiedener ist. Es kommt lediglich darauf an, daß überhaupt eine Willensentscheidung

---

1) Dniestrzański, S. 79—81.

2) Motive I S. 226, Mugdan 477. — Protokolle I S. 291, Mugdan 739. Staudinger I 471.

3) Entscheidung des RG. v. 28. Juni 1904. — E. 58 S. 443 ff.

4) Motive I S. 227, Mugdan I 478. — Denkschrift 529, Mugdan I 838.

getroffen wird, bei der eine Beeinflussung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände möglich ist.

Es ist ebenso unerheblich, daß die Vertretung nach außen zielt und das Handeln für den Andern offen liegen muß. Denn gerade das ist das Eigentümliche des Repräsentationprinzips: darauf, daß der Vertreter für den Andern handelt, kommt es nur hinsichtlich der Wirkungen der Handlung an, nicht aber für diese selbst. Bei der Handlung selbst ist die Person des Vertretenen völlig ausgeschaltet, er handelt hier nicht durch den Vertreter, sondern dieser selbst ist die handelnde Person.[1] „Das Geschäft ist das Geschäft des Vertreters."[2]

Wie demnach, wenn der Vertreter nach seiner Kenntnis oder Unkenntnis seinen Willen erklärt, seine Kenntnis oder Unkenntnis maßgebend ist, so muß auch, wenn der Geschäftsführer nach seiner Kenntnis oder Unkenntnis seinen Willen betätigt, sein psychischer Zustand der entscheidende sein.

Der Grundsatz des § 166 Abs. 1 BGB. kann daher seine Wirkung ebensowohl auf die Geschäftsbesorgung bei Willensbetätigungen wie auf die Vertretung in Willenserklärungen ausüben.[3]

Es sind somit die für Willenserklärungen gegebenen Vorschriften des § 166 auf die Handlung des Bauens, diejenigen für die Vertretungsmacht auf die Handlungsermächtigung anzuwenden.[4]

Demnach lautet der § 166 Abs. 1 BGB. für uns: soweit die rechtlichen Folgen der Bautätigkeit des Baumeisters durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Bauherrn, sondern die des Baumeisters in Betracht.

Unter Willensmängeln sind hauptsächlich die in den §§ 115—124 BGB. behandelten Willensmängel der Nichternstlichkeit, des von

---

1) Goldmann-Lilienthal I S. 233 Anm. 3. — Windscheid I 302 Anm 16b. Dagegen Crome 1 456.

2) Mot. 226, Mugdan I 477.

3) Ebenso RG. in der genannten Entscheidung. Zweifelhaft in E. 47 S. 116. — Dernburg I S. 470 und Anm. 8. — Wolff S. 74 Anm. 7, Boettger 15. — Benz 45, Müller 99. — Dagegen Manigk 362, Neumann S. 494 Anm. 4.

4) Wolff S. 115, Benz 45.

selbst entstandenen oder durch andere verursachten Irrtums und des Zwanges zu verstehen.[1])

Der Ausdruck „Kenntnis gewisser Umstände" erklärt sich selbst. Das „Kennenmüssen" wird im § 122 Abs. 2 BGB. der fahrlässigen Unkenntnis gleichgestellt. Setzt man in diese Erklärung des Begriffes die in § 276 Abs. 1 BGB gegebenen Definition[2]) der Fahrlässigkeit ein, so ist „Kennenmüssen" die auf Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt begründete Unkenntnis.[3]) Da es demnach ein Spezialfall der Fahrlässigkeit ist,[4]) das Gesetz aber auch eine „grobe Fahrlässigkeit" kennt[5]) als eine besonders schwere Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt,[6]) wird je nach dem Grade der im konkreten Fall in Betracht kommenden Fahrlässigkeit auch die Unkenntnis eine bloß fahrlässige oder grobfahrlässige sein.[7]

Es werden daher auch die rechtlichen Folgen der Willenserklärung (der Willensbetätigung) je nach dem, der Unkenntnis zu Grunde liegenden, Grad der Fahrlässigkeit beeinflußt werden.

Richten wir unser Augenmerk jetzt allein auf das „Kennenmüssen gewisser Umstände", so bedeutet § 166 Abs. 1 für uns:

> werden die rechtlichen Folgen der Bautätigkeit durch die auf Fahrlässigkeit oder grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gewisser Umstände z. B. der Grenzen, beeinflußt, so kommt nicht die Person des Bauherrn, sondern die des Baumeisters in Betracht.

Das bedeutet: liegt bei dem Bauleiter eine solche fahrlässige

---

1) Planck I S. 213, Anm. 1 zu § 166. — Motive I 227, Mugdan I S 478. Protokolle I 289, Mugdan I 738. — E. 61 S. 211. — Staudinger I S. 476.

2) So Weyl S. 129 I, 130. - Dernburg III S. 135 Anm. 9. — Planck I 36. Kuhlenbeck S. 190, Anm. 3 zu § 166. — Windscheid I 453 unter 2. — Lühl S. 13. — Dagegen v. Liszt S. 55, der in den Worten des § 276, Abs. I nur eine Bestimmung des Grades der vom Schuldner zu leistenden Sorgfalt sieht.

3) Staudinger I S. 477. — Weyl S. 172. — Kuhlenbeck S. 191, Anm. 6. I. Entwurf § 146, Mugdan I XCVI. — Crome I S. 468, Anm. 8

4) Weyl 175 III.2 — Planck I 37.

5) z. B. 912, 277, 300, 932 Abs. 2 u. s. w.

6) Weyl S. 272. — Schollmeyer 191. — Crome I 487[1]. — Dernburg II S. 137. — Motive I 280, Mugdan 507. — I. Entwurf § 144 Abs. 2. — Tornau-Förster I 293. — Müller S. 99. — Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. Mai 1904 in Jur. Wochenschr. 1904, S. 406 Nr. 9.

7) Weyl 178, 179. — Entschd. d. O. L. G. Dresden vom 24. Sept. 1901 in R. O. L. G. IV, S. 32.

Unkenntnis vor, so ist es für die Wirkungen so anzusehen, als ob sie in der Person des Bauherrn vorgelegen hätte.

Denn auf Grund des § 166 Abs. 1 wird als Handlung des Bauherrn eine Handlung gedacht wie die des Baumeisters, „nur nicht bloß eine Handlung gleichen Inhalts, sondern eine Handlung mit allen den Besonderheiten, welche dieselbe aus dem Zustande des Inneren des Vertreters empfängt, ein Stück Seelenleben von gleicher Beschaffenheit, als er die Handlung ausführte."[1]

Oder wie die Motive es ausdrücken: „Das Geschäft wird dem Vertretenen in dieser Gestalt so zugerechnet, als ob es von ihm vorgenommen wäre."[2]

Hat also der Baumeister über die Grenze gebaut, weil er sie infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, so ist, da die Handlung des Baumeisters, wie wir sahen, als Handlung des Bauherrn anzusehen war, es für die rechtlichen Wirkungen des Ueberbaues so anzusehen, als habe der Bauherr selbst aus grober Fahrlässigkeit die Grenze nicht gekannt und deshalb über sie hinaus gebaut.

Es ist aber daran festzuhalten, daß die Handlung des Baumeisters nur als solche des Bauherrn gedacht (fingiert)[3] wird. Hieraus folgt, daß bei letzterem nicht die Voraussetzungen schuldhaften Handelns, insbesondere nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht vorhanden zu sein brauchen. Denn wenn auch der Vertretene allein in Betracht kommt hinsichtlich äußerer persönlicher Verhältnisse wie Kaufmannseigenschaft, Verwandtschaft, Ausländerqualität,[4] so gilt dies doch nur von solchen Umständen, die sich auf die Wirkungen der Vertretung, nicht aber auf die Vertretungshandlung selbst beziehen.[5]

Hinsichtlich dieser kommt es allein auf den psychischen Zustand des Handelnden an, ganz gleichgiltig, ob der Vertretene selbst fähig ist, in einen solchen psychischen Zustand zu geraten oder nicht. Das folgt daraus, daß die Vorstellung, die Handlung sei mit allen vorhandenen Eigentümlichkeiten, die der Vertreter ihr gegeben hat, eine Handlung der Vertretenen, eben doch nur eine Vorstellung, eine Fiktion

---

1) Windscheid I 302. Anm. 16b.

2) Motive I S. 226, Mugdan I, S. 477.

3) Windscheid a. a. O.

4) Staudinger I 414, Anm. 9. — Planck I S. 215, Anm. 4 zu § 166, Mitteis 307, Endemann auch Geschäftsfähigkeit I S. 398 Anm. 21.

5) Staudinger a. a. O.

ist. Klar beweist das auch die Handlung des gesetzlichen Vertreters, deren Zweck gerade darin liegt, „den Mangel der Geschäftsfähigkeit" (und daraus lassen sich Schlüsse auf die Deliktsfähigkeit ziehen) „des Vertretenen zu decken."[1]

Hat demnach der Baumeister grob schuldhaft über die Grenze gebaut, so ist dies so anzusehen, als habe es der Bauherr getan.[2] Dieser kann sich daher nicht auf die Duldungspflicht des überbauten Nachbarn berufen, hat vielmehr das Gebäude zurückzuziehen.

§ 7.

Zu betrachten bleibt noch der Fall, daß nicht den Baumeister, sondern den Bauherrn ein Verschulden trifft, daß er z. B. vorsätzlich dem schuldlosen Bauleiter falsche Grenzen des Bauterrains angibt, sodaß dieser in ein Nachbargrundstück ahnungslos hineinbaut.

Zunächst ist auf Grund der früheren Erörterungen die Handlung des Baumeisters als diejenige des Bauherrn anzusehen.

Es kann nun aber m. E. nicht so gefolgert werden: infolge der Fernwirkung der Geschäftsbesorgung ist die Handlung des Bauleiters als Handlung des Bauherrn anzusehen. Dieser selbst hat gebaut. Hierzu tritt sein vorsätzliches Verhalten anläßlich der Angabe der Grenze; folglich hat er unter Vorsatz über die Grenze gebaut, die Ausnahmestellung des § 912 B.G.B. ist daher für ihn nicht begründet.

Dieser Schluß erscheint mir deshalb verfehlt, weil der Vorsatz des Bauherrn anläßlich seiner *eigenen* Handlung, der falschen Grenzangabe, nicht als Schuldmoment mit der Handlung des *Baumeisters*, die nur als die Handlung des Bauherrn *anzusehen* ist, verquickt werden kann. Das Bauen bleibt das faktische Tun des Baumeisters und kann nur von dessen Willens- und Wissensmängeln beeinflußt werden. Ob diese dem Bauherrn zuzurechnen sind, ist eine andere, oben erörterte Frage.

Anders liegt es indessen, wenn der Bauherr bei der *aktiven* Vornahme des Bauens selbst beteiligt wäre, sei es auch nur durch die Erteilung von Weisungen.[3] Dann ist es sein Tun und dann kann

---

1) Motive I S. 226 unter III. — Mugdan I S. 477. — Cosack I S. 239. Offenbar nach Weyl S. 597. Z. 4.

2) Benz 49. — Wolff 115.

3) Cosack I S. 238.

sein Verhalten bei Ausführung der Bauhandlung mitsprechen. Dies führt zu § 166, Abs. 2 B.G.B.

Zunächst mag noch kurz darauf hingewiesen werden, daß sich bei Betrachtung des Falles unter dem Gesichtswinkel des § 166 Abs. 1 B.G.B. folgendes Ergebnis findet: Der Baumeister hat sich ohne Verschulden über die Grenze des Grundstücks geirrt, es kommt auf seinen Willensmangel an, folglich ist es so anzusehen, als habe der Bauherr selbst ohne schuldhaften Irrtum über die Grenze gebaut. Danach könnte er sich auf die Duldungspflicht des § 912 B.G.B. berufen.

Zu einem anderen Ergebnis führt indessen der Absatz 2. Er lautet für unseren Fall:

> Hat bei einer durch Rechtsgeschäft erteilten Handlungsermächtigung der Handlungsverrichter nach bestimmten Weisungen des Erteilers der Ermächtigung gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Handlungsverrichters berufen.

Danach ist auch hier ein befriedigendes Ergebnis erreicht. Denn die Befugnis zur Geschäftsbesorgung, d. h. zum Bauen, wird in fast allen Fällen durch Rechtsgeschäft (den zwischen Bauherrn und Baumeister abgeschlossenen Vertrag) erteilt sein.

Für jede aktive Beteiligung am Bau, die der Bauherr vornimmt, haftet er dann aber, sofern ihn hierbei ein Verschulden trifft. Denn jede Einwirkung auf die Tätigkeit des Baumeisters wird sich als eine Erteilung bestimmter Weisungen charakterisieren, wie z. B. die dolose Angabe falscher Grenzen. Und dann kann sich der Bauherr nicht auf den guten Glauben seines Baumeisters berufen.

Des Bauherrn Verschulden allein ist maßgebend. Trifft ihn ein solches, so ist er derjenige, der bei Errichtung eines Gebäudes unter Vorsatz und grober Fahrlässigkeit über die Grenze gebaut und damit sich des Rechtes begeben hat, von dem Nachbar die Duldung des Ueberbaues zu fordern.

Lebenslauf.

Ich bin am 13. Juli 1880 zu Breslau als Sohn des Kaufmanns Eduard Schirokauer und seiner Ehefrau Ottilie, geb. Mendelsohn, geboren, erhielt meine Schulbildung in London, Berlin und Hamburg, dessen Wilhelm-Gymnasium ich Ostern 1899 mit dem Reifezeugnis verlies. Ich studierte Rechts- unn Staatswissenschaften an den Universitäten Wien, Berlin und Breslau. Am 1. Mai 1902 bestand ich die erste, am 8. Februar 1907 die zweite juristische Prüfung.

Während meiner Studienzeit besuchte ich die Vorlesungen, praktischen und seminaristischen Uebungen folgender Herren Professoren und Dozenten:

in Wien: Jodl, Mitteis, Zallinger,

in Berlin: Brunner, Dernburg, Gierke, Heymann, Hübler, Kahl, Kohler, von Liszt, Seckel, Schmoller, Wagner,

in Breslau: Brie, Bruck, Dahn, Fischer, Leonhard, Sombart.